

Délibération n° 2008-173 du 7 juillet 2008

Emploi Privé/ Origine/ Observations

Le réclamant a été licencié pour faute grave. Il estime que cette sanction est fondée sur ces origines et constitue une mesure de représailles suite à ses actions menées dans l'entreprise pour dénoncer des comportements discriminatoires. L'instruction menée par la haute autorité permet de relever des éléments laissant supposer l'existence d'une discrimination. D'une part, d'autres salariés ont reçu des sanctions moindres pour des faits comparables à ceux reprochés au réclamant. D'autre part, il apparaît que l'employeur a réuni des témoignages contre le salarié en lien avec ses actions pour mettre en exergue des faits discriminatoires dans l'entreprise. L'employeur n'a pas apporté à la haute autorité la preuve que sa décision de licenciement était fondée sur des éléments objectifs. Il n'a ni établi l'existence de la faute du salarié ni montré en quoi cette dernière était suffisante pour motiver un licenciement pour faute grave. La haute autorité conclut à l'existence d'une discrimination et décide de présenter ses observations devant le conseil de prud'hommes.

Le Collège :

Vu la loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004 portant création de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité ;

Vu le décret n° 2005-215 du 4 mars 2005 relatif à la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité,

Vu les articles L.1132-1 et suivants du code du travail,

Sur proposition du Président,

Décide :

Le réclamant et son avocat ont saisi la haute autorité de deux réclamations.

La première, en date du 17 octobre 2005, est relative à un blâme reçu le 16 août 2005. Le réclamant estime qu'il s'agit d'une sanction disciplinaire discriminatoire fondée sur ses origines.

La seconde, en date du 28 septembre 2006, concerne le licenciement pour faute grave prononcé à l'encontre du réclamant le 22 août 2006. Celui-ci considère cette décision comme relevant d'une discrimination en raison de ses origines.

La haute autorité a décidé de joindre ces deux réclamations.

Le réclamant a également saisi le conseil de prud'hommes pour contester chacune des deux sanctions disciplinaires. Le conseil a joint les deux affaires.

Enfin, le réclamant a déposé une plainte pour le licenciement allégué discriminatoire. La haute autorité a demandé l'autorisation d'instruire cette réclamation le 5 février 2007. Cette autorisation a été accordée le 13 juillet 2007.

L'intéressé a été embauché par une société de transport le 26 mai 2003 sous contrat à durée indéterminée, en qualité de conducteur receveur.

Cette entreprise compte 1500 salariés. Elle est en charge d'un réseau urbain de transports en commun.

Le 30 juillet 2005, une altercation a opposé le réclamant à un cuisinier, et une agente de maîtrise. Cette dernière aurait dit au réclamant au cours de cette altercation : « *Tu sais très bien que vous n'êtes pas chez vous ici* » ou « *Tu sais très bien que tu n'es pas chez toi ici* ».

Le lundi 2 août 2005, l'agente de maîtrise a adressé une note à la direction présentant sa version de l'incident et demandant l'engagement immédiat d'une procédure disciplinaire. Après un entretien, le directeur du site a notifié un blâme au réclamant, le lundi 16 août 2005.

Par courrier en date du 7 septembre 2005, ce dernier a contesté ce blâme, auprès de son employeur, estimant que le cuisinier a été le premier à hausser le ton à son encontre et que l'agente de maîtrise s'est interposée entre eux en prenant immédiatement parti pour le cuisinier. Il estimait que l'expression employée par l'agente de maîtrise montrait que cette prise de position avait une connotation raciste.

Le 19 septembre 2005, la direction a diligenté une enquête en recueillant les témoignages écrits de personnes présentes sur les lieux lors de l'incident.

Le 28 septembre 2005, le réclamant a reçu une nouvelle convocation à un entretien. Lors de la rencontre du 3 octobre 2005, la direction lui a reproché d'avoir endommagé un bus le 26 juillet 2005.

Le 17 octobre 2005, le réclamant a saisi le conseil de prud'hommes pour demander l'annulation du blâme et de l'éventuelle autre sanction. Le même jour, il a saisi la haute autorité d'une première réclamation.

Le 7 novembre 2005, la direction a abandonné la procédure disciplinaire pour l'incident du bus.

Le 9 novembre 2005, un autre conducteur a constaté sur le carnet de bord d'un bus l'inscription suivante : « *les arabes dehors avec ta mère et tes sœurs* ». Il a informé la direction de l'entreprise et a déposé plainte le jour même. Des dessins à connotation raciste ont également été découverts sur un carnet de bord en avril 2006.

En mai 2006, le réclamant a fait circuler une pétition dans l'entreprise dont le texte était : « *Suite aux injures racistes de novembre 2005 et avril 2006, il est impératif d'être tous solidaires pour dénoncer le racisme dont sont victimes nos collègues. Signez la pétition pour que l'on puisse faire cesser ces faits graves, et que l'on prenne nos responsabilités face aux coupables de ces actes ignobles et gratuits.* » Le réclamant affirme avoir recueilli quelque 250 signatures.

De plus, le réclamant a été à l'origine d'un article paru le 13 mai 2006 dans la presse locale évoquant les inscriptions litigieuses découvertes au sein de l'entreprise. Dans cet article, le directeur des ressources humaines reconnaissait « *que ce type d'incident revient assez régulièrement* » dans l'entreprise.

Une enquête sur ces inscriptions racistes a été ouverte par la société mais n'a pas permis d'identifier et de sanctionner les auteurs. Une campagne interne de lutte contre les injures racistes a été menée en mai 2006 par la société, avec la diffusion d'un document d'information rappelant les sanctions de tels propos et réaffirmant la politique non-discriminatoire et égalitaire de l'entreprise.

Par ailleurs, le réclamant a été victime d'un accident du travail le 13 février 2006. Il s'est fracturé le gros orteil droit.

Il a repris son travail le 19 mai 2006. Le médecin du travail l'a déclaré apte à la reprise le 26 mai 2006.

Les faits qui ont motivé son licenciement ont eu lieu le 3 juin 2006.

Différentes versions de cette journée sont présentées.

Il n'est contesté par aucune partie que, vers 14h20, le réclamant a appelé le poste de contrôle et de coordination en invoquant une vive douleur au gros orteil droit, et demandant à être relevé de son service. Un agent est venu chercher le réclamant et l'a reconduit au dépôt, d'où il est parti, seul, sur son cyclomoteur pour une clinique.

Le réclamant a été examiné, au service des urgences par un médecin qui lui a prescrit du *Diantalvic*.

Aucun arrêt maladie n'a été prescrit.

Si cette consultation au service des urgences n'est pas contestée, son origine est l'objet du contentieux.

Le réclamant allègue avoir ressenti une douleur sous son gros orteil droit dès le matin du samedi 3 juin 2006. Il en aurait informé son responsable hiérarchique lors de sa prise de fonction vers 6h45. Il aurait demandé alors à être relevé de son service pour la journée. Son responsable aurait refusé invoquant l'impossibilité de le remplacer. Le réclamant prétend que le contact avec les pédales d'accélération et de frein aurait accru la douleur. Il aurait demandé à nouveau son remplacement lors de sa pause médiane, d'abord au premier responsable sollicité le matin même, puis à son successeur pour la seconde partie de journée. Le réclamant aurait essuyé de nouveaux refus. Il aurait alors repris son service jusqu'à ce que, la douleur devenant insupportable, il dût arrêter la conduite.

Pour la direction, la version des faits du matin est autre. Le salarié aurait demandé lors de sa prise de service à pouvoir quitter son poste 45 minutes avant l'heure normale de débauchage prévue à 15h45. Le responsable aurait refusé d'accorder cette récupération sollicitée à la dernière minute. Le premier aurait réitéré sa demande lors de sa pause médiane. Suite à de nouveaux refus, il aurait menacé ses responsables en les informant qu'il partirait plus tôt avec ou sans leur accord. La direction a considéré que le réclamant a simulé la douleur afin de quitter son poste de travail de manière anticipée, selon le souhait qu'il avait manifesté.

La direction, estimant que l'intéressé avait menti et qu'il avait fait preuve d'insubordination, a engagé, le 13 juin 2006, une procédure de licenciement.

Celui-ci a été convoqué à un entretien préalable à un licenciement prévu le 22 juin 2006. L'intéressé ayant posé sa période de congés annuels du 15 juin au 15 juillet 2006, il a demandé le report de cet entretien qui a été finalement fixé au 18 juillet 2006.

L'entretien préalable a eu lieu le 18 juillet 2006. Il était mené par le directeur des déplacements clients. Au cours de cet entretien, le réclamant a remis une attestation établie par le médecin urgentiste.

Le 24 juillet 2006, l'employeur a demandé au réclamant communication d'un extrait de sa carte vitale permettant de préciser l'heure de consultation à la clinique le 3 juin 2006.

Le 28 juillet 2006, le médecin urgentiste a établi une nouvelle attestation confirmant la première et indiquant les heures d'arrivée (15h40) et de départ (17h08) du salarié du service des urgences le 3 juin 2006.

Le 3 août 2006, le réclamant a été convoqué devant le conseil de discipline.

Après enquête de la responsable de la gestion du personnel, celui-ci s'est réuni le 17 août 2006. Le conseil a conclu à l'existence d'une faute. Les représentants du personnel se sont prononcés pour une sanction du 1^{er} degré alors que ceux de la direction ont demandé un licenciement pour mensonge et insubordination.

Le 19 août 2006, et suite à sa demande, le réclamant a été entendu par le directeur général de la société.

Le 22 août 2006, la direction a notifié à l'intéressé son licenciement pour faute grave.

La situation du réclamant doit être appréciée au regard des dispositions du code du travail qui interdisent les discriminations et aménagent la charge de la preuve dans le cadre d'un contentieux prud'homal.

L'article L.1132-1 du code du travail prohibe toute mesure discriminatoire, telle qu'une sanction disciplinaire ou un licenciement, prise en raison de l'origine du salarié concerné.

L'article L.1132-3 du code du travail dispose qu'aucun salarié ne peut être sanctionné ou licencié pour avoir témoigné des agissements de discrimination ou pour les avoir relatés.

L'article L.1134-1 du code du travail précise qu'en cas de litige né de la méconnaissance des dispositions précédentes, il appartient au salarié de présenter des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination. Au vu de ces éléments, il incombe à l'employeur de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.

La Cour de cassation porte une attention particulière à ce que les juges du fond obtiennent de l'employeur la preuve que la décision litigieuse reposait sur des éléments objectifs et matériellement vérifiables (*Cass soc 4 oct. 2005 n° 03-45689 et Cass soc 21 juin 2005 n°02-42658*).

Concernant le blâme, l'employeur justifie cette sanction par l'altercation non contestée du 30 juillet 2005.

Si les faits sont reconnus, l'attitude de l'agente de maîtrise comme le déroulement de la procédure disciplinaire peuvent susciter des interrogations.

Selon les versions, qui varient selon les attestations tout en conservant une trame commune, celle-ci aurait dit au réclamant : « *Tu sais très bien que vous n'êtes pas chez vous ici* » ou « *Tu sais très bien que tu n'es pas chez toi ici* ».

Ces propos ont été perçus par le réclamant comme une expression de xénophobie.

Or, c'est à la demande de la première que la procédure disciplinaire a été initiée. Au cours de cette procédure, le directeur de site s'est tenu, pour prononcer le blâme, aux seules déclarations de l'agente de maîtrise, qualifiée de « *collaboratrice de longue date, digne de ce nom* », alors que celle-ci était partie à l'incident et avait tenu les propos susvisés.

Or, ces paroles ont été dénoncées, au cours de la procédure, comme revêtant une connotation raciste. Leur caractère ambigu ne peut être ignoré. Ils méritaient, pour le moins, une investigation du cadre en charge du pouvoir disciplinaire.

Il apparaît que le directeur de site n'a pas cherché à lever cette ambiguïté en menant une enquête impartiale. Sur le compte rendu, établi par l'entreprise, de l'entretien préalable à sanction, tenu le vendredi 12 août 2005, il est indiqué : « [le directeur] *intervient à ce moment précis pour certifier que ce ne sont pas des propos racistes.* »

Le directeur de site a retenu la seule position de l'agente de maîtrise sans enquête complémentaire malgré l'alerte du réclamant quant à la portée de l'expression utilisée.

Le blâme a été prononcé dès le mardi 16 août 2005 (le lundi étant férié).

Lorsqu'il a contesté ce blâme, le 7 septembre 2005, le réclamant a, à nouveau, alerté son employeur sur le caractère potentiellement xénophobe des propos visés.

Ce n'est qu'à la suite de cette contestation que l'employeur a cherché à recueillir des témoignages. Ces témoignages datés du 19 septembre 2005 confirment les propos tenus par l'agente de maîtrise.

Toutefois, l'employeur n'a pas cherché à établir l'intention attachée à ces propos. Il semble ne pas avoir pris en considération les attestations produites par le réclamant, notamment celle d'un salarié qui relate avoir eu une conversation avec l'agente de maîtrise au cours de laquelle celle-ci lui aurait suggéré « *de ne pas trop fréquenter mes collègues beurs, un peu comme s'il fallait choisir son camp et que je n'étais pas visiblement dans le bon.* »

En conséquence, il ressort que la direction n'a pas pris les garanties utiles pour s'assurer que la procédure disciplinaire était étrangère à toute volonté discriminatoire. Elle n'a pas plus cherché à s'assurer que les propos de l'intéressée étaient dénués d'intention xénophobe et qu'ils ne méritaient pas un traitement disciplinaire.

Il est probable qu'une attitude impartiale et qu'une enquête de l'employeur, à l'encontre de l'attitude du réclamant comme à l'encontre des paroles de l'agente de maîtrise, auraient permis de mettre un terme au contentieux entre les deux protagonistes. Or, il apparaît dans le dossier que ce contentieux est demeuré latent, affectant les relations du réclamant avec ses collègues, et notamment la maîtrise, jusqu'à son licenciement un an après l'incident ayant motivé le blâme.

Concernant le licenciement, la haute autorité relève l'existence de plusieurs éléments laissant supposer l'existence d'une discrimination.

D'une part, des faits similaires à ceux retenus pour motiver le licenciement pour faute grave de l'intéressé, n'ont donné lieu qu'à des sanctions de moindre importance pour d'autres salariés dont le patronyme ne laisse pas transparaître une origine maghrébine.

S'il lui est reproché d'avoir quitté de manière anticipée son poste le 3 juin 2006, il est à noter que des comportements similaires n'ont donné lieu, par ailleurs, qu'à des sanctions du 1^{er} degré. Ainsi, messieurs B. et P. ont reçu une mise en garde pour ne pas avoir assuré la totalité de leur service et avoir pris l'initiative, sans autorisation hiérarchique, de prendre une récupération en fin de service. De même, monsieur H. a fait l'objet d'une mise à pied de 3 jours pour avoir abandonné son service de manière anticipée et ce pour régler un problème d'ordre personnel.

Il est utile de rappeler que le réclamant a quitté son poste avec l'autorisation d'un régulateur qui a assuré sa relève et sans opposition de son agent de maîtrise pourtant alerté. Il est allé ensuite consulter un médecin dans un service d'urgences.

Des absences plus importantes, n'ont pas plus entraîné le licenciement de leurs auteurs. Monsieur M. a reçu un avertissement pour avoir été absent une journée sans aucune justification et sans en avoir informé sa hiérarchie. Monsieur V. a reçu un avertissement pour avoir été absent une journée sans en avoir informé sa hiérarchie (il a présenté un certificat médical ne portant pas arrêt maladie). Monsieur E. a fait l'objet d'une mise à pied de 4 jours pour avoir été absent sans justification pendant 6 jours.

L'attitude prétendue du réclamant à l'égard de ses supérieurs hiérarchiques, le 3 juin 2006, semble également avoir été prise en compte par l'employeur pour justifier le licenciement. L'intéressé aurait usé de menaces à l'égard des chefs de station pour obtenir une récupération en fin de service.

Or, d'autres salariés ont pu avoir un comportement irrespectueux à l'égard de leurs supérieurs sans avoir encouru de licenciement. Ainsi, madame B., messieurs H. et K. ont reçu un blâme sévère pour avoir insulté leur encadrement.

Dans une situation plus proche de celle reprochée au réclamant, monsieur R. a reçu une mise en garde pour avoir menacé son supérieur hiérarchique de se mettre en arrêt maladie s'il était affecté à un service non désiré.

Enfin, l'employeur semble motiver le licenciement pour faute grave par une allégation de mensonge. Or, des salariés ayant mis en place des stratégies similaires n'ont pas été licenciés. Ainsi, monsieur J. a reçu un blâme pour avoir menti afin d'être relevé de son poste. L'intéressé, conseiller prud'homal, a allégué une audience pour ne pas effectuer son service. Le CPH a attesté qu'il n'y avait pas d'audience ce jour-là. La direction invoque l'ancienneté de monsieur J. (34 ans) pour justifier la différence de traitement constatée par rapport au réclamant. Or, la seule ancienneté ne saurait justifier que, pour des faits dont le caractère comparable n'est pas contesté, le premier reçoive un blâme alors que le second est licencié pour faute grave.

Monsieur O. a reçu un blâme pour s'être vanté d'avoir été en arrêt maladie suite à un refus d'attribution de congés. L'employeur invoque le fait que monsieur O. avait bénéficié d'un arrêt de travail. Or, s'il estimait que son absence était régulière, il est légitime d'interroger le sens du blâme infligé. En revanche, si monsieur O. a eu un comportement fautif, celui-ci était lié à un recours abusif à l'absence maladie pour bénéficier de congés refusés. La faute semble aussi grave que celle reprochée au réclamant. La direction ne justifie donc pas que le premier ait été sanctionné d'un blâme alors que le second a été licencié pour faute grave.

Monsieur B. a fait l'objet d'une mise à pied de 3 jours pour s'être emporté contre un responsable et avoir quitté son lieu de travail pour se faire porter malade. Il est à noter que le dossier disciplinaire de monsieur B. fait état de sanctions disciplinaires pour divers incidents, notamment insubordination et manque de respect envers la hiérarchie. Monsieur B. a finalement été licencié pour faute grave le 6 février 2008 (violences et menaces envers des usagers).

Par ailleurs, l'examen des licenciements pour faute prononcés par cette entreprise (et transmis à la haute autorité) montre qu'aucun salarié n'a été licencié pour des faits comparables à ceux reprochés au réclamant.

La comparaison des sanctions prononcées pour des faits similaires constitue un élément laissant supposer l'existence d'une discrimination en raison de l'origine du réclamant.

D'autre part, ce licenciement pourrait être considéré comme la sanction d'un salarié qui a dénoncé, à plusieurs reprises, des actes discriminatoires.

Dans un premier temps, il a contesté le blâme qui lui a été infligé le 16 août 2005 estimant que l'agent de maîtrise avait utilisé à son encontre des propos à connotation raciste. Il considérait que la procédure disciplinaire, initiée par cette dernière et fondée essentiellement sur ses déclarations, revêtait un caractère discriminatoire.

Suite à son courrier du 7 septembre 2005, la direction a engagé une nouvelle procédure disciplinaire, le 28 septembre, pour des faits remontant au 26 juillet 2005 (alors que le délai de prescription en matière disciplinaire semblait forclo).

Cette réaction particulièrement tardive de l'employeur, concernant un bus endommagé le 26 juillet 2005, aurait pu représenter une première mesure de représailles.

La période des congés annuels, invoquée par le directeur des ressources humaines ne saurait expliquer un délai supérieur à 2 mois pour découvrir les dommages sur le bus (qui fait l'objet d'une maintenance régulière) et l'engagement de la procédure disciplinaire. En comparaison, la procédure disciplinaire relative à l'altercation du 30 juillet 2005 a été engagée dès le 3 août 2005 et a donné lieu à la notification d'un blâme le 16 août 2005. Il s'agissait tout autant d'une période estivale. Or, il n'y a que 3 jours d'écart entre la détérioration alléguée du bus (26 juillet) et l'altercation (30 juillet).

Le 17 octobre 2005, le réclamant a saisi le conseil de prud'hommes et la haute autorité. Le 7 novembre 2005, l'employeur a abandonné cette seconde procédure disciplinaire.

Dans un second temps, le réclamant a vivement réagi à la découverte d'inscriptions à connotation raciste dans l'entreprise. Il a fait circuler une pétition dans l'entreprise. Il est à

l'origine d'un article paru le 13 mai 2006 dans la presse locale évoquant les inscriptions litigieuses découvertes au sein de l'entreprise.

Il peut être constaté une proximité dans le temps entre ces actions du réclamant dénonçant des actes propres à créer, au sein de la société, un environnement humiliant et hostile pour les salariés d'origine maghrébine, et l'engagement d'une procédure de licenciement pour faute grave à son encontre.

Surtout, il apparaît que, quelques jours après les faits du 3 juin 2006, le directeur des ressources humaines a diligenté une enquête auprès de salariés. Or, il n'a pas interrogé les salariés pouvant apporter un éclairage sur l'attitude du réclamant le 3 juin. Le DRH a recueilli des témoignages de messieurs S., W., SC. et D. sur d'autres faits.

Les attestations adoptent la même forme dactylographiée, le même plan de relation des événements, laissant peu de place à l'idée de déclarations parfaitement spontanées. Toutes commencent par la formule : « *sur questions posées par [le DRH]* »

Monsieur S. déplore la dégradation de l'ambiance au sein du dépôt depuis que le réclamant a entrepris de faire signer une pétition. Il indique qu'il souhaiterait « *que la Direction entreprenne quelque chose pour faire cesser ces difficultés (...)* » Monsieur W. porte le même regret et reconnaît qu'il y a « *un problème entre les personnes d'origine maghrébine et les autres collègues. Ceci semble être entretenu par [le réclamant] qui a entrepris de faire signer une pétition (...)* ». Monsieur SC. évoque la pétition que le réclamant fait signer suite aux graffitis trouvés. Il parle de l'attitude pressante de l'intéressé pour obtenir des signatures. Il fait également état d'une contre-pétition. Enfin, monsieur D. reprend la pétition qui dégraderait la situation dans le dépôt. Il évoque également un article de presse. Il parle du problème entre l'agente de maîtrise et le réclamant ainsi que des faits du 3 juin. Il « *déplore ces agissements* » et « *regrette que cela dégrade l'ambiance de travail* ».

Les attestations sont datées des 9 et 13 juin 2006. Elles sont toutes relatives à la pétition que le réclamant fait circuler suite à la découverte des inscriptions à connotation raciale. Aucune n'aborde directement les faits du 3 juin précédent, que pourtant certains semblent connaître.

C'est ce même 13 juin 2006 que la direction a envoyé à l'intéressé une convocation pour un entretien préalable au licenciement.

Enfin, le réclamant a dénoncé le caractère discriminatoire de la procédure de licenciement engagée contre lui.

Lorsqu'il a été interrogé, le directeur des ressources humaines a déclaré que « *si [le réclamant] avait reconnu avoir simulé sa douleur, (...) l'appréciation de sa faute aurait été différente.* » Il a précisé que « *[le réclamant] s'est très mal comporté devant [le directeur général]. Celui-ci en a été choqué. Si [le réclamant] avait eu un tout autre comportement devant [le directeur général], il serait peut-être encore dans l'entreprise aujourd'hui.* »

Le directeur général a établi un rapport de son entretien avec le réclamant, le 19 août 2006. L'entretien a commencé par une question du directeur général souhaitant savoir comment se portait le pied de l'intéressé. Cette question pourrait être perçue comme portant une note de provocation.

Au cours de cet entretien, le réclamant a évoqué le harcèlement à connotation raciale dont il s'estime victime. Les menaces alléguées étaient relatives aux actions que celui-ci entendait

engager s'il était prononcé son licenciement qu'il percevait comme discriminatoire. Il a évoqué l'intervention d'élus, d'associations et de syndicats pour soutenir son action.

Il semble donc que, lors du choix de la sanction, l'employeur ait pris en considération l'attitude du salarié qui maintenait sa dénonciation de discrimination et qui annonçait utiliser tout moyen pour faire reconnaître ses droits.

L'ensemble des nombreux éléments susvisés permettent de laisser supposer l'existence d'une discrimination lors du licenciement du réclamant.

Conformément aux dispositions de l'article L.1134-1 du code du travail, l'employeur est tenu de prouver que sa décision était fondée sur des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.

En préalable, il est rappelé que le réclamant a été victime d'un accident du travail le 13 février 2006. Il s'est fracturé le gros orteil droit. Il a repris son travail le 19 mai 2006. Le médecin du travail l'a déclaré apte à la reprise le 26 mai 2006, en précisant : « *en attendant résultats* ».

La direction considère que la décision de le licencier n'était pas discriminatoire et qu'elle était pleinement justifiée par son comportement le 3 juin 2006.

Elle estime que le salarié a menti sur la réalité de ses douleurs afin de pouvoir quitter son poste de manière anticipée, conformément au souhait qu'il aurait manifesté ce jour-là et auquel ses responsables n'auraient pas donné une suite favorable.

L'employeur conteste la réalité des douleurs du 3 juin 2006 et demande à l'intéressé de les démontrer. Or, le caractère réel ou fictif de ces douleurs ne peut être établi ni par le salarié qui ne dispose d'aucun moyen d'amener la preuve d'une douleur ressentie, ni par des témoins qui ne peuvent rien garantir quant au caractère simulé de la douleur invoquée.

De même, le fait que l'intéressé ait pu reprendre son travail le 5 juin 2006 (après la consultation d'un médecin et plus de 36 heures de repos consécutives) n'autorise aucune conclusion sérieuse sur la réalité, ou le caractère fictif, de la douleur du 3 juin. L'absence d'arrêt de travail ne signifie pas plus que les douleurs étaient feintes. Cette absence peut être liée au fait que le salarié avait été relevé de son service et qu'il semblait ne pas nécessiter d'un arrêt de travail pour ce jour.

L'avis du médecin du travail rendu à la demande de la direction ne mérite pas d'être retenu.

Le 11 août 2006, alors que la procédure disciplinaire était engagée, le DRH a adressé un courriel au médecin du travail pour lui demander « *si l'action de freiner d'un conducteur [dont il tait le nom] « normalement constitué » sollicite les orteils du pied droit ou plutôt une autre partie du pied ?* » et « *un conducteur quel qu'il soit, ayant eu une fracture au gros orteil droit qui a repris normalement son travail 3 mois après, est-il susceptible de ressentir une douleur insupportable à un tel point qu'il ne peut plus appuyer sur la pédale de frein avec son pied droit ?* »

Le médecin du travail s'est permis de répondre par courriel, le jour même, sans avoir examiné le salarié concerné dont il ne pouvait ignorer l'identité (la description faite par le DRH ne peut renvoyer qu'au réclamant que le médecin a vu en visite de reprise le 26 mai précédent).

Le médecin du travail n'a pas répondu à la première question sur laquelle il aurait pu avoir un avis professionnel éclairé.

En revanche, il s'est étendu sur la seconde après avoir souligné que le DRH lui présentait un « *cas exceptionnel* ». Il a avancé qu'une fracture du gros orteil était consolidée en 6 semaines chez une personne normalement constituée en précisant entre parenthèses « *surtout s'il est jeune* ».

Il n'a pas relevé pas que le cas que le DRH lui soumettait a été arrêté 3 mois, soit deux fois plus longtemps que le temps jugé comme normal pour une telle consolidation.

De plus, le même médecin du travail avait déclaré le salarié apte à la reprise du travail le 26 mai 2006 tout en préconisant des examens complémentaires laissant entrevoir un doute sur la consolidation définitive.

Le médecin du travail a conclu son avis avec prudence en invitant l'employeur à demander un contrôle auprès du médecin-conseil.

Le DRH s'est contenté de cet avis.

Le seul élément incontestable est que le réclamant s'est présenté au service des urgences d'une clinique ce jour-là à 15h40, qu'il a quitté cet établissement à 17h08 et qu'il a été examiné par un médecin. Celui-ci lui a prescrit du *Diantalvic*, antalgique opiacé utilisé pour traiter les douleurs d'intensité modérée ou intense.

Seule une investigation du médecin-conseil de la CPAM auprès du praticien du service d'urgences aurait pu établir le caractère abusif du recours à ce service dans le cas litigieux. Or, l'employeur n'a pas saisi le médecin-conseil alors qu'il y a été incité par le médecin du travail le 11 août 2006.

En outre, il est utile de souligner que le réclamant n'a pas abandonné son poste de travail.

Il a été relevé de ses fonctions et conduit au dépôt par le régulateur. Celui-ci a informé le responsable hiérarchique du salarié de la nécessité de le remplacer mais ne semble pas lui avoir fait part de ses doutes (alors qu'il a établi ensuite un rapport soulignant une apparente absence de douleurs) avant de laisser le réclamant quitter l'entreprise.

De plus, il n'apparaît pas que le chef de station informé par le régulateur soit intervenu pour contrôler la réalité de cette douleur et s'opposer au départ du réclamant. Or, cet agent de maîtrise a évoqué ensuite des menaces proférées par l'intéressé plus tôt dans la journée quant à son départ anticipé.

Ni le régulateur ni monsieur le chef de station n'ont réagi en empêchant l'intéressé de quitter son poste et de commettre la faute qui lui sera ultérieurement reprochée.

L'ensemble de ces éléments ne permet pas de caractériser l'existence d'une faute commise par le réclamant. L'employeur n'apporte pas la preuve du mensonge allégué alors que l'intéressé prouve qu'il a été examiné dans un service d'urgences juste après avoir été relevé.

Le doute aurait du profiter au salarié.

Les éléments recueillis par l'employeur ne sauraient être suffisants pour justifier un licenciement pour faute grave.

Notons que le choix pour l'employeur de la qualification de faute grave a des conséquences non seulement sur la réputation du salarié mais également sur ces revenus (puisque celui-ci perd le bénéfice de l'indemnité de licenciement et du préavis).

En conclusion, la haute autorité a établi plusieurs faits laissant supposer que le licenciement constitue une discrimination en raison de ses origines et une mesure de représailles après que l'intéressé a relaté des actes discriminatoires.

La haute autorité considère que l'employeur n'a pas apporté la preuve que sa décision de licencier le réclamant pour faute grave était pleinement justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.

La haute autorité rappelle que la Cour de cassation estime qu'il y a discrimination même lorsque le critère prohibé n'a pas été l'élément exclusif ayant motivé la décision de l'employeur.

En conséquence, le Collège de la haute autorité retient que ce licenciement constitue une discrimination.

Le Collège décide de présenter les observations de la haute autorité devant le conseil de prud'hommes.

Le Président,

Louis SCHWEITZER